DISPUTATIO JURIDICA INAUGURALIS DE DOLO EX RE: QUAM FAVENTE DEO TER...

Peter Wesseling, Philips Johan : van Borrevelt, Valenti Gonzaga

Digitized by Google

Digitized by Google

VIRIS

AMPLISSIMIS, GRAVISSIMISQUE,

D. HENRIKO PETRO VAN BORREVELT

URBIS BURANÆ VIRO CONSULARI, PATRUO OPTIMO, TUTORI INDULGENTISSIMO, ET PATRIS INSTAR OMNI VENERATIONE QUOAD VIVAM, COLENDO, HONORANDO,

D. EVERARDO OTTONI, J. U. D.

JURIS CIVILIS, PUBLICI, AC FEUDALIS ANTECESSORI ORDINARIO, PROMOTORI EXTATISSIMO, OMNI HONORE COLENDO.

Hanc Diſputationem ac ſe ipſum, ut qualecunque erga viros meritiſſimos grati animi indicium extaret, Debita reverentia offert & inſcribit

PHILIPS JOHAN VAN BORREVELT.

Digitized by Google

Digitized by Google

DISPUTATIO JURIDICA
INAUGURALIS
DE
DOLO EX RE.

PRÆFATIO.

PRo veteri more, paſſim in omnibus Academiis recepto, aliquod profectuum meorum ſpecimen edere conſtitui, antequam ſummos in Utroque jure honores, ſperatum operis, & laboris mei præmium, adipiſcar. Sed ne adhibita operoſa & verboſa præfatione, & meo tempore & Lectoris patientia abuti velle videar, rem ipſam aggredi certum eſt. Diu in votis fuerat, ut pulchrum & utile ſeligerem argumentum; poſt longam vero hæſitationem præ aliis mi-

Digitized by Google

hi arriſit materia ſane utiliſſima De Dolo ex re, *de qua tamen non omnia tradere conſtitui, quæ ex ſpiſſis interpretum commentariis accumulari & coacervari potuiſſent, ne nimis a monitu noſtri Juſtiniani aberrarem in* Nov. 44. cap. I. §. 3. *ubi dicit:* melius eſſe, pauca agere caute, quam multis intereſſe periculoſe. *Itaque qualemcunque hanc diſputationem in tria diviſi Capita: primum continet etymologiam, & definitionem vocis* Doli, *ejuſque varias Diviſiones. In ſecundo mea de* Dolo ex re *proponitur ſententia, rationibus legibusque fundata, & probata. In Capite tertio adverſariorum effugia enervantur. Et quoniam nihil magnifice de me ſentio, qui quam parum in litteris atque in Juriſprudentia profecerim non ignoro, iterum atque iterum, Benevole Lector, te rogo, ut ſi in opuſculo hoc, ſane juvenili, aliquid paulo inconſultius, minusve ad rem adpoſitum vel non ſatis accurate explicatum, pro dignitate materiæ, occurrat, id ætati meæ ſtudiisque, admodum adhuc crudis, acceptum referas.*

CA-

Digitized by Google

CAPUT I

de Dolo generalia continet.

§. *I.* Tradit Etymologiam *vocis Doli. II Definitionem. III Differentiam inter dolum & culpam. IV. V. VI. varias Doli Diviſiones. VII Differentias inter Dolum ex re & Dolum ex propoſito.*

§. I.

PRiusquam ad materiam ipſam, de qua dicturus ſum, progrediar, agendum erit de vocis Doli Etymologia: perutile enim eſt, ad enodandos juris laqueos, origines & rationes Latinarum vocum percallere, Labeone auctore apud Gell. *Lib. XIII. Noct. Attic. Cap.* 10. ſummusque Juriſconſultorum labor eſt circa verborum proprietatem, *Quintil Inſtit. Orat. Lib.* 5. *Cap. ult.* Dolus autem derivatur á Græco vocabulo δόλος, id eſt, fraus, deceptio, læſio, non vero, uti Plautus putavit *Mil: III.* 3. 64. a dolando dolones dicti ſunt, pro telis latentibus in flagello, vel baculo, quibus Virgil: *Lib.* 7. *Æneidos vſ.* 664. Alphænus *in L.* 52. §. 1. *ad leg. Aquil.* & Ulpianus in *L.* 1. §. 7. ſi *quadrup. paup. feciſſ. dicat.* loquuntur.

I I.

Dolus autem dupliciter accipitur, vel Generaliter vel Specialiter; *Generaliter* pro quavis fallacia, & malo propoſito, quo quis alium lædit *L.* 2. §. 8. *vi bon. rapt. L.* 7. 10. *ad Leg. Corn. de Sicar. Specialiter* vero quem Gallus Aquilius, Ciceronis Collega, cujus prudentiam populus Romanus ſemper perſpexit, in cavendo, non autem in decipiendo, definivit, ſi aliud eſſet actum, aliud ſimulatum. Hæc Definitio Marco Ciceroni adeo placuit, ut ſcriberet *Lib.* 3. *de Offic. Cap.* 14. hoc quidem ab Aquilio, Col-

Digitized by Google

lega ſuo; ſane luculenter pictum eſſe; ſed Servius Sulpitius, cum animadverteret, definitioni illi latens quoddam ſubeſſe vitium, & poſſe ſine ſimulatione id agi, ut quis circumveniatur; poſſe etiam ſine dolo malo aliud agi, aliud ſimulari, adjecit, Clauſulam neceſſariam eſſe machinationem alterius decipiendi gratia. Equidem is non ignorabat, verba, ab Aquilio ſcripta, eſſe ſupervacanea, nec quicquam pertinere ad Definitionis ſubſtantiam, ſed nihil acerbius in eum meditatus erat; verum ex ſingulari adverſus amicum benevolentia retinere maluit verba, ab eo propoſita. Denique Labeo pro ea, qua præditus erat, plurimarum rerum innovandarum aviditate, teſte Pomponio in *L.* 2. §. 47. *De Ort. Jur.* Detrahens Definitioni, a Servio traditæ, ea verba, quibus integra Galli Aquilii Definitio erat concepta, rejicit totam Galli Definitionem, aliamque tradit, nimirum, quod ſit fallacia, machinatio, ad decipiendum vel fallendum alterum adhibita, auctore Ulpiano in *L.* 1. *ff. De Dolo malo*, Nulla vero hic adeſt ratio, propter quam Hottom. *Lib.* 1. *Obſ.* 19. hanc definitionem, adeo ridiculam & otioſam pronuntiavit, vel quare Weſemb. cum Bachovio in *notis ad tit. de Dolo malo* eam eſſe ineptam dixerit, quaſi Labeo cumulaverit Synonima centum; quod ita non eſt: nam Calliditas circumveniendi differt a fallacia ad fallendum, utraque a machinatione, qua decipimus. Labeo vero hac in Definitione operæ pretium eſſe putavit, omnes doli ſpecies exprimere quaſi per gradus, & quidem primo loco proponit *Calliditatem*, cui verbum circumveniendi comparat. Callidus, quisquis eſt, a Tullio hiſce verbis deſcribitur, *cujus animus uſu* (quemadmodum manus labore ſolent) *concalluit ab opera* multisque rebus agendis. Denotat dexteritatem & induſtriam circumveniendi ſimpliciores (quaſi naſo, uti vulgo dicitur) non aperte, ſed occulte & ſpecioſe. Secundum gradum facit *fallacia*, cui verbum Fallendi accommodavit, quod Varro a fando derivavit. Atque ita fallacia eſt fraus Directa, verbis & mendacio facta. Tertius gradus eſt *Machinatio*, quam Labeo ſine dubio ſumſit pro deceptione per technas, ambages, vel inſidias; per Machinas, veluti equus Trojanus, Machina belli, Virg. *Lib.* 1. *Æneid.* vſ. 6. Pupilli enim fraudum capaces eſſe creduntur, quæ non magnam machinationem exigunt, ait:

ait Paulus in *L.* 14. *De Dolo Malo*, id eſt, quarum ſtructura & gubernatio non multum requirunt artificii: huic autem verbo reſpondit decipiendi vox, compoſita a de & capio, ità ut particula *De*, hic augeat ſignificationem, & deceptus idem ſit quaſi valide captus. Minime ſane putandum eſt, tantum virum in re ſeria ineptiis uti voluiſſe, prætertim cum Galli Definitionem emendare aggreſſus ſit. Noviſſime ſciendum, Definitionem, a Labeone propoſitam, tantum pertinere ad eum Dolum, propter quem datur reſtitutio in integrum, quoties nempe aliquis maligne in falſam opinionem ab alio inductus atque ita læſus eſt. Nonnulli porro putant, verba *Machinationem* alterius *decipiendi gratia*, quæ Ulpianus in § 2. *D. L.* 1. *De Dolo Malo* Servio tribuit, ſuppoſititia eſſe, & ex margine ſumpta. Verum Ulpianus, vir ſapientiſſimus, uti vocatur in *Nov.* 79. *Cap.* 6 Diſertiſſimus *L. fin de Injuſt. & Subſt.* & inter principes Juris Conſultos numerandus, non eſt tam putidæ & intolerabilis negligentiæ, ut aliquid adſcriberet Servio, quod ſoli Gallo acceptum ferendum eſſet; nec video, quamobrem fides habere non ſit tanto viro, qui tantopere ab Imperatore noſtro laudatur.

III.

Toto cœlo Dolus a Culpa differt, uti imprudentia a malitia: Culpa enim eſt factum inconſultum, quo nocetur alteri, absque fraudis conſilio. Quamquam nonnunquam vox Culpæ adeo late ſumatur, ut denotet omne factum injuſtum & inhoneſtum. Attamen ſibi invicem opponuntur. Culpa lata etiam aliquando Dolo æquiparatur, non vero ſemper. Tantum ergo conveniunt, ratione interpretationis & effectus. 1. Ratione Interpretationis, ſi Dolus taxative ſit expreſſus. V. G. Satis eſt, ut dolus præſtetur; ſub eo tamen Lata Culpa comprehenditur parique pœna plectitur *L.* 1. §. 1. *D. & L.* 1. *C. Depoſiti* 12. Ratione Effectus, in contractibus; etiam nonnunquam in Delictis, ubi de cauſis pecuniariis, non vero de cauſis publicis & criminalibus agitur, ad pœnam corporalem, *L.* 7. *ad L. Corn. de Sicar*; quæ licet tantum de lege Cornelia loquatur, tamen ſecundum regulas bonæ interpretationis ad alia

Digitized by Google

crimina eſt extendenda. Differunt 2. quod dolus ſit crimen, culpa non; quamvis nonnulli inepte negant, Dolum eſſe crimen. Quis enim inficias ibit, quin dolus ſit fons omnium criminum, ſine quo crimen concipi non poteſt? *L.* 1. *ad L. Cornel. de Sicar.* Imo vero Juriſconſulti ipſi dolum malum appellant Crimen in *L.* 16. *D. de Dolo malo*, & Maleficium in *L.* 1. §. 14. *de Tut. & Rat. diſtrah.* Dolus generaliter eſt omne malignum alterius decipiendi conſilium, ſive illud per ſimulationem vel aperte exequamur, uti rapina & homicidium dolo perpetrare dicitur §. 1. *Inſt. vi. bon. rapt.* Dolus enim omnibus delictis ineſt.

IV.

Vidimus Doli Definitionem & quantum differat a culpa: tranſeamus nunc ad varias Doli Diviſiones. Primo autem Dolus dividitur in *bonum & malum.* Unicus Ulpianus inter tot Juriſconſultos mentionem hujus Diviſionis facit in *L.* 1. §. 3. *de Dolo malo.* Sed vera illius origo a Stoicis & Philoſophis eſt repetenda. In illo verus non ineſt dolus, quia intentio non ex malitia conſilium capit, alterum ut decipiat, ſed ut ſibi vel Reip. proſit. Veteres accipiebant illud pro ſolertia maxime adverſus hoſtes. Stoici, qui rigui veritatis ſatellites erant, concedebant lubenter, illos, qui dolo bono utebantur, non tantum omni culpa carere, ſed laudibus eſſe dignos: id quod Quintil. *Lib.* 12. *Inſt. Orat. Cap.* 1. hiſce verbis teſtatur: *Concedant mihi omnes oportet, quod Stoicorum etiam aſperrimi confitentur, facturum aliquando bonum virum, ut mendacium dicat, & quidem nonnunquam levioribus in cauſis; ut in pueris ægrotantibus utilitatis eorum gratia multa fingimus, multa facturi promittimus*, nedum *ſi ab homine occidendo graſſator avertendus ſit, aut hoſtis pro ſalute patriæ fallendus; ut hoc, quod alias quoque in ſervis reprehendendum eſt, ſit alias in ipſo ſapiente laudandum.* Plura de hac materia dabit Celeb: OTTO, ſtudiorum meorum dux, nunquam non colendus in Diſſertat. *de Dolo malo.*

V.

V.

Altera Doli Diviſio a nonnullis proponitur in Præſumptum, & Verum, quam recte Bachovius rejecit: Dolus enim Præſumptus non eſt Dolus, qui ex indiciis & probationibus planis debet probari *L. 6. C. de Dolo malo* Et nonne unusquisque bonus eſſe creditur, donec contrarium apparuerit? *L. ult. pr. quod met. caus. L. 7. 25. 26. de Legat. 2.* Si vero Dolus ex indiciis probari debet, ſequitur, Dolum Præſumptum non dari, quoniam in mente reſidet, neque aliunde probari poteſt *L. 4. 8. 10. C. de reſ. vend.* Inepte ſane alii dicunt, omnem dolum eſſe præſumptum, hanc propter rationem, quia ex indiciis probatur, uti in *d. L. 6.* dicitur. Quicquid vero ex indiciis probatur, præſumitur verum. Cujac. *Lib. 11. Obſ. 11.* huic argumento ſatisfecit: oſtendit enim, quod vox *indicium* pro liquidis rationibus accipiatur in illa lege. Illud etiam, quod probari debet, non præſumitur. Alii vero interpretes, uti Decius ad *L. 123. de R.* aliter diſtinguunt dolum verum a præſumptione, nimirum quod Dolus præſumptus in futurum remitti poteſt, non vero Dolus verus, ſed contra generalem *L. 27. §. 3 & 4. De Pact. & L. 1. §. 17. Depoſit. L. 17 in pr. Commod.* quæ leges nullam differentiæ mentionem faciunt, ſed generaliter dicunt, quod nulla pactione effici poteſt, ne Dolus futurus præſtetur: ubi autem lex non diſtinguit, ibi neque nos diſtinguere poſſumus. Alii aliam adhuc adferunt differentiam, quod adverſus Dolum verum minor in integrum non reſtituatur, ſed quidem adverſus Dolum præſumptum Hunc in finem fruſtra ad *Leg 9. § 2 de Minoribus 25. annis* provocant. At legis ſpecies ita ſe habet: Minor, ex lege Aquilia conventus, negavit damnum ſe dediſſe, ſed in integrum adverſus inficiationem reſtituitur, non eam ob rationem, quod hæc inficiatio tantum ſit Dolus præſumptus, revera enim eſt Dolus verus, quod coram Prætore mendacium præponere auſus ſit, ut ita effugeret præſtationem Damni, ſed reſtituitur propter lubricum conſilium, quoniam non Dolo, ſed inconſulto & temere negaſſe videtur, uti Brunnemann. ad *d. L.* oſtendit, & habetur pro confeſſo neque plus præſtat, quam præſtitiſſet, ſi ab initio damnum

Digitized by Google

num eſſet confeſſus. Vid Caldas *ad L.* 3. *de Confeſſis num.* 39. & Fachin. *Lib.* 1. *Controv. Cap.* 72. Poſſet tamen hæc Diviſio retineri, ſi ita explicetur, Dolum tunc eſſe præſumptum, V.C. ſi lex culpam pro Dolo habet; vel 2. ſiquis verſatus eſt in re illicita, habetur, quaſi Dolo dediſſet damnum, qua de re loquitur *L.* 5. *C. de Injur. L.* 1. *C. de Sicar.* niſi tamen reus qualitatem aliquam poteſt probare, quæ actum per ſe & ſui natura illicitum, poteſt facere licitum. Vid. Alexand. ad *L.* 8. §. 4. *de novi operis Nunc:* & Menoch. *Lib.* 5. *Præſumpt.* 3. *Num.* 45. Ad illos duos caſus poſſumus alios referre, V. C. ſi quis non fecit, quod facere debebat, vel ſi quis per interpoſitam perſonam contrahit, *L.* 5. §. 3. *de Auct. tut.* vel ſi quis clam aliquid committit *L. fin. ff. de Ritu nupt.*

V I.

Denique ultima Doli Diviſio eſt, quod ſit vel ex propoſito vel ex re. Dolus ex propoſito a celeb. van Eck in *princ. Juris. ad tit. de Dolo malo* deſcribitur, qui ex deſtinata fallacia & machinatione oritur, eo tempore, quo negotium geritur, adhibita. Secundum jus naturale quicunque Dolus ex perſona excludit conſenſum promiſſoris, qui, ex natura contractus, jus habet, ne deciperetur. Neque abſolute, ſed tantum ſub conditione conſentit, quæ revera non adeſt, teſte Cl. *Ottone* ad Puffend. *de Offi. Hom. & Civ. Lib.* 1. *Cap.* 9. §. 13. Verum quomodo læſio ex jure Romano ſit reparanda, diſſentiunt Doctores. I. Quidam ad tit. *de Dolo malo* §. 7. putat, omnia negotia ſummo jure valida fuiſſe, ſed Dolo probato reſcindi a Prætore. Alii vero diſtinguunt inter Dolum, cauſam dantem & incidentem. Dolus dare cauſam contractui dicitur, ſi ille, qui empturus non erat, dolo inducitur, ut emat. V. G. aliquis nullam intentionem emendi frumentum habebat, a venditore fictis literis ad emendum inducitur, quibus ex ſterilitate magnam fore indigentiam frumenti nuntiatur. Dolus vero incidens eſt, ſi is, qui ſponte ſua empturus erat, Sejum adit, verum cum de pretio ageretur, venditor fingit litteras, quibus pretium creviſſe dicitur. Licet vero omnes fere hanc Diſtinctionem admittant,

Digitized by Google

ſtant, variant tamen in multis Doctores. 1. Michaël de Luna apud Struv: *Exerc.* 8. §. 32. putat, omnia negotia tam ſtricti juris, quam bonæ fidei, ipſo jure nulla fuiſſe, ſi Dolus cauſam contractui dederit, ob *L.* 1. §. 3. *de Pactis.* Verum Clar. Bockelm ad *tit. de Dolo* huic objectioni jam ſatisfecit; nimirum quod in multis negotiis deſideratur conſenſus, quæ tamen ob Dolum non ſtatim annulantur. Aliter autem Cl. van Eck cum Vinnio *Lib.* 1. *Select: Quæſt: Cap.* 12. 1. diſtinguit inter negotia bonæ fidei & ſtricti juris, & rurſus inter Dolum cauſam dantem & incidentem. Sed quamquam Cl. Noot omne diſcrimen ad proceſſum formularum referendum eſſe putavit; mihi omnino diſtinguendum videtur inter Dolum, cauſam dantem & incidentem: nam qui cauſam contractui dat, totum initium & radicem facit vitioſam, quia tota promiſſio in falſis circumſtantiis eſt fundata, uti Pufend. *Lib.* 3 *de jure Natur. Cap.* 6. §. 8. oſtendit. 2. Separanda ſunt negotia bonæ fidei, in quibus ex Lege Lætoria, vel ex L. XII. Tabb. vel ex Lege Papia, dolus malus vindicabatur ab aliis bonæ fidei judiciis. Dolus malus ex Lege Lætoria vindicabatur, ſi quis ab adoleſcentibus aliquid ſtipulatus erat, auctore Suet. in *Libris pratorum*, apud Priſcianum *Lib.* 18. *Lætoria vetat, minorem annis viginti quinque ſtipulari.* Et apud Plautum Callidorus adoleſcens dicit: *Perii; an non lex me perdit? quina vicenaria metuunt credere omnes.* Hac Lege etiam vindicabantur quæcunque circumſcriptiones adoleſcentum, reſciſſis fraudibus verſutorum hominum, qui ex aliena imbecilitate lucrum captant, teſte Cicerone *Lib.* III. *de Offic. Cap.* 15. Lege XII. Tab. vindicabatur omnis Dolus in adminiſtratione tutelæ, a tutore factus. Lege Papia ſi mulieris tutor majorem dotem ultra facultates dederat, Dolo malo quatenus exceſſit, promiſſio ſive donatio pro nulla habebatur: quorſum pertinet L. 7. *D. h. t. L.* 12. §. 1. juncta *L.* 61. *de Jure Dotum* & *L.* 21 §. 3. *quod met. cauſ.* In cæteris autem bonæ Fidei negotiis opus erat prætoris auxilio; & contractus, cui Dolus cauſam dederat, nullus declarari debebat & ab eo tempore reſcindebatur, *L.* 1. *L.* 5. 10. *C. de Reſc. vend. L.* 3. *C. Comm. utriuſq. Judic.* Quod vero dicitur in *L.* 112. *de R. J.* nihil intereſſe, ipſo jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, in effectu & eventu

Digitized by Google

verum eſt: multum tamen differt, ipſo jure nullum eſſe contractum & infirmari per exceptionem, vel a Prætore reſcindi: 1. quod enim nullum eſt, ſola vi legis concidit, & perimitur, perinde ac ſi non eſſet initum, neque opus eſt Prætoris auxilio reſtitutionis in integrum; nec obligatio oritur, multo minus actio, nec uſucapio Doloſi emptoris: alienatio etiam nullum habet effectum, imo vero fructus & acceſſiones apud deceptum manſiſſe videntur, uti ex *L. 1. de Superficieb. L. 81. de Solut. & L. 3. C. Si adverſus vend.* patet. Præterea, ſi exceptio non opponitur ab eo, qui debebat, Prætor condemnat, quod ſecus eſſet, ſi ipſo jure contractus ſit nullus: illud tamen de ſtricti juris judicio accipiendum eſt, quoniam in judicio bonæ fidei exceptio inerat, olim in ſtricti juris judiciis dolus malus formula Aquiliana vindicabatur, & ſive dolus cauſam dederit ſive inciderit mutuo, aut transactioni, aliisque ſtricti juris negotiis, ex ſubſtilitate juris negotium ſubſiſtit, *L. 5. C. de Inutil. ſtip.* Deceptus vero re integra exceptione Doli mali juvatur: ſi vero res non erat integra actionem ad id, quod intereſt, poſt illam Aquilianam formulam habebat, quæ ideo a Tullio rectiſſime *omnium malitiarum everriculum* vocatur: nam ſicût everriculum omnia genera piſcium capit, ita nihil malitioſi hanc formulam effugere poteſt. Ambroſius illam appellat formulam honeſtatis *Lib. 111. de Off. Cap. 3. quid autem loquar de contractibus cæteris, ac maxime de Coëmptione prædiorum, vel transactionibus, atque pactis; nonne honeſtatis formulæ ſunt, dolum malum abeſſe, eumque, cujus dolus deprehenſus fuerit, dupli pœnæ obnoxium fore.* Huc etiam Donationis inſtrumentum apud Gruterum pertinet *pag.* 1001. de ea re *Dolum malum abeſſe abfuturum eſſe*, & in alio lapide, Romæ invento, *pag.* 777. *num.* 6. *Dolus malus abeſto.* Omnes ſimulationes & diſſimulationes, quibus in præjudicium alterius falſum quid aſſeritur, hunc in dolum incidunt, atque infamia, Duplo præſtatione ejus, quod intereſt, amiſſione privilegii aliisque modis, coërcentur, *L. 1. §. 1. Depos. L. 2. §. 1. ad L. Aquil. L. 13. §. 4. & 6 de Act. emp. L. 37. §. 1. de Minor. L. 10. §. 1. de Fidejuſſ. L. 3. §. 1. de Crim. Stell. L. 2. C. Si contra Jus.* Si Dolus in contractum bonæ fidei incidit, minime contractum ipſo jure facit nullum, neque per oppo-

ſiti-

Digitized by Google

ſitam exceptionem enervatur, ſed datur actio quanti intereſt, ſe deceptum non eſſe ex contractu, *L.* 13. §. 4. & 5. *De Act. emt.*

VII.

Propoſuimus effectum Doli ex propoſito: transeamus nunc ad differentiam inter Dolum ex re & ex propoſito. Differunt autem 1. quod ex Dolo ex propoſito naſcitur actio Doli Directa, *L.* 7. *de Dolo.* 2. actio Utilis in factum *L.* 11. *L.* 5. *C. tit.* 3. duplex Doli exceptio generalis & ſpecialis. Ex Dolo autem ex re naſcitur tantum condictio ex Lege, quia, quoties lex poſterior novam obligationem introducit, nec cavet, quo genere actionis experiatur, toties agendum eſt condictione ex Lege ſecundum *L.* 1. *D. de Condict ex lege*, atqui Lex 3. *C. Commun. utriuſque jud.* nullam actionem introduxit: ſequitur ergo, quod condictione ex Lege agendum ſit. Facilius etiam hæc condictio Doli inſtitui poteſt, quam quidem actio Doli: nam multa requiruntur, ut actio Doli recte inſtituatur: debet enim (1) actor carere alio remedio *L.* 1. §. 4. *L.* 7. *D. L.* 2. *C.* niſi forte actio Doli cum alia æque gravi vel graviore concurrat. Vid. *L.* 1. *C. De dolo malo juncta L.* 59. §. 1. *Mandati & L.* 1. 6. §. 5. *de His qui not. infam.* V. G. Cum actione *Stellionatus*; vel cum actione, quod *metus cauſa*, *L.* 36. §. 1. *de Pign. act.* non vero ſi concurrat cum actione Tutelæ, Mandati, pro Socio, vel Depoſiti, quoniam in illis infamia facilius evitari poteſt. Minime vero *L.* 1. *C. de Dolo malo* huic ſententiæ refragari videtur, quoniam Cujacius *Lib.* 3. *Obſ.* 37. illam inter leges fugitivas retulit atque ad titulum mandati pertinere oſtendit; præterea genuinam illius ſententiam propoſuit, ſcilicet, quod, ob fidem mandati ruptam, debitor actione mandati, cui, ut omnibus bonæ fidei judiciis de Dolo actio ineſt, cum fidejuſſore agere poteſt, qui pignus a creditore emit, neque id omni oblato debito debitori reſtituit. Idem eſt, ſi incertum ſit, an alia actio competat, vel actio, quæ competit, inefficax ſit, *L.* 5. *L.* 6. *L.* 7. §. 8. *L.* 9. §. 3. *ff. de Dolo malo.* Præterea ut actio Doli inſtitui poſſet, requiritur, ut læſio non ſit nimis modica, quia actio Doli eſt famoſa; neque expedit reipublicæ, tot habere famoſos cives. Mini-

Digitized by Google

mum vero debet excedere duos aureos ſecundum *L.* 9. §. *ult.* & *L.* 10. *D. de Dolo malo*: ubi Cujacius *Lib.* 1. *Obſ.* 31. putat, Tribonianum pro duobus millibus ſeſtertiorum duos aureos ſcripſiſſe, duplici errore, quoniam tempore Pauli per aureos computabant, & quamvis Tribonianus per ſeſtertios computare voluiſſet, non duo millia, ſed ducentos ſeſtertios ſcribere debuiſſet: id quod ex eo quam maxime apparet, quod Centum ſeſtertia unum aureum efficiebant, uti Hottom jam olim, atque poſtea Gronov. de *Pecun. veteri Lib.* 1. *Cap.* 5. & Ill. Bynkerſh *Lib.* 8. *Obſ.* 20. oſtenderunt. His deficientibus condictio ex lege inſtitui poteſt, quæ nunquam eſt famoſa. Porro actio Doli adverſus omnes non poteſt inſtitui, ſed condictio ex hac lege adverſus omnes inſtitui poteſt ſine exceptione: ſic actio Doli non datur adverſus parentem neque adverſus patronum *L.* 11. §. 1. *h. t. L.* 4. §. 16. *de Doli mali & metus exc.*, quia hæc actio eſt famoſa *L.* 1. §. 4. *de Dolo.* Aureum vero eſt monitum Juſtiniani, famæ parentis atque patroni eſſe parcendum in §. 2. *de Suſpect. Tut.* Non datur etiam hæc actio adverſus pupillos, quoniam non ſunt Doli Capaces; ſi vero Doli pubertati proximi ſint, non negatur adverſus eos Doli actio. Porro hæc actio adverſus tertium non datur: perſonalis enim eſt & ex delicto nata, *L.* 15. § *ult. L.* 1. § 4 *h. t.* Et intereſt reipub. ut pœna ſuos teneat auctores. Humili etiam non datur adverſus ſpectatæ auctoritatis virum, V. Gr. plebejo adverſus virum Conſularem, neque prodigo vel luxurioſo adverſus hominem vitæ emendatioris, *L.* 11. §. 1. *de Dolo* Sed actio in factum, id eſt, actio verbis, in factum temperatis, adverſus illos inſtituenda eſt, ut bonæ fidei fiat mentio, ait Labeo in *d. L.* 11. §. 1. Moribus vero id obtinere, negat Groeneweg. *De Leg. abrog. ad L.* 2. *C de Dolo*, eo fundamento, quod nomina actionis libello exprimenda non ſunt. Contraria tamen ſententia Brunnemanno ad *L.* 11. *ff.* ſtatim allegata, ea ratione placet, quod, licet advocatus nomen actionis exprimere non teneatur, genus tamen ſcire debeat: alioquin eum inepte & imprudenter concludere. Judicis quoque ſummam eſſe curam *dicit*, ut, poſt legitimationem perſonarum, & narrationem facti, ſciat, quale actionis genus intentetur. Denique ſi reus negat, actionem actori competere, omnino actio ab actore eſt

no-

nominanda. Præterea cum in narratione Facti diſcrimen conſtitit, & actor in actione Doli affirmet, ſe eſſe deceptum, iisque verbis in actione in Factum uti non debeat, ideo hæc ſententia mihi veriſimilior præcedente eſſe videtur. Denique actio doli a condictione ex lege differt, quod hæc durat per annos triginta, ſicut pleræque actiones perſonales; actio vero Doli inſtituenda eſt intra biennium, quod in nonnullis negotiis inurit infamiam, quæ morti æquiparatur, teſte Paulo, cum in *L.* 8. *D. Quod. met. cauſ.* dicit: *quod metus infamiæ, bonis viris major, quam mortis eſſe debeat.* Pœnalia judicia vero cum, tanquam odioſa, ſint reſtringenda, biennium illud etiam ignoranti, a tempore Doli commiſſi currit, uti Celeberr. Voet. ad *tit. de Dolo malo, num.* 12. oſtendit. Excipe: Si dolum paſſus per abſentiam reip. agere impeditus ſit arg. *L.* 3. *&* *ult. C. de Dolo malo.* Minime ſane biennium illud eſt mutatum, ut ex validis argumentis colligi poteſt: nam generalis *Lex. ult. de Temp. in int.* derogat Speciali legi *ult. C. de Dolo malo*: quia ante Juſtinianum jam erat conſtitutum, quod hæc actio, intra biennium a lite conteſtata, eſſet finienda. Neque poteſt præſumi, legem aliquam fruſtra Codici eſſe inſertam. Denique Juſtinianus tantum annum utilem in quadriennium mutavit: annus vero utilis in hac actione non obtinebat, uti ſubtiliſſimus Bachov. de *Action. Diſp.* 3. §. 29. *diſerte tradit.* Neque hæc actio intra biennium tantum eſt inſtituenda, ſed etiam intra illud tempus finienda; quod tamen fruſtra negat Ill. Coccejus *Lib* 4. *Quæſt.* 11. putans, ſine ratione vel lege hanc actionem intra biennium eſſe inſtituendam; ſed tempus ordinarium inſtantiæ, nimirum triennium, ſupereſſe propter *Leg.* 13. §. 1. *de Judiciis.* Verum alia ratio eſt hujus actionis, quam aliarum, quæ lite conteſtata perpetuantur *L.* 139. *de Reg. Jur.* nam actio Doli odioſa eſt & contra jus civile datur, *L.* 35. *de Obl & Act.* non tamen cum Coccejo putare debemus, quod hæc Actio intra biennium a tempore Doli commiſſi ſit finienda, verum intra biennium a Die litis conteſtatæ, dict. *L. fin.* elapſo vero biennio, intra quod Actio illa eſt inſtituenda, ſupereſt Actio in factum, in quantum quis ex dolo conſecutus ſit, quæ perpetuo durat, nec tantum adverſus doloſum, ſed etiam adverſus illius heredes competit, *L.* 28. *ff. de Dolo malo;* foret quippe incivile, ut quis per dolum ſuum lo-

Digitized by Google

cupletior fieret cum alterius detrimento, *L. 16. in fin. Quod met. cauſa.*

CAPUT II.

De Dolo ex re.

§. I.

DEfinitur Dolus ex re & cum exemplis §. 2. explicat *L. 3. C. Comm. utrinſq. Jud.* §. 3. atque exponit requiſita, ſine quibus lex illa locum habere nequit §. 4. nullam eſſe differentiam inter diviſionem, ſorte initam, vel ſine ſorte, §. 5. Magis noſtram ſententiam confirmat. §. 6. oſtendit legem hanc non eſſe ex *L. 2. C. de Reſc. vend.* explicandam. §. 7. actiones, quibus reformatio petitur, diſtinguit.

Hactenus Dolum ex propoſito, ejuſque effectus, expoſuimus; jam tempeſtivum erit, ut ad propoſitum noſtrum pergamus. Dolum ex re deſcribo, quod ſit læſio, quæ citra Machinationem, ab initio adhibitam, poſtea ſupervenit. Verbi Gratia: Titius & Mævius, ſocii vel coheredes, convenerunt, ut a communione diſcederent ſine Judice: quum autem centum oves, vel Modii tritici, variave nomina adfuerunt, atque ex errore ignorantiave utriuſque Titio 48. Mævio 52. vel denique Titio unum & alterum nomen inidoneum contigerit, cum omnia Mævii eſſent idonea. Hiſce autem exemplis alia adhuc addi poſſunt, ſi quid citra fraudis conſilium ænea pro aureis vendidit, vel ſervientia & obligata pro liberis. Plura adhuc hujus materiæ exempla in *Tit. de Contrah. Empt. & Vendit.* & in *tit de Act. empti* occurrunt, quæ tamen ſciens prætereo, putans, illa, quæ propoſui, ſufficere. Ille itaque, comperto errore, ignorantia & læſione, ſibi infra dimidium læſo, arrogat Legis. 3. beneficium, ut id, quod inæqualius factum eſſe conſtiterit, in melius reformetur. Olim autem communis erat ſententia, Legem 3. tan-

tantum enormem læſionem corrigere, uti Bartolus & Baldus, quos ſecuti ſunt Faber, Brunnem. Wiſſenb. Bronchorſtius: quæ tamen ſententia aperte huic Legi refragatur, quæ contrariam ſententiam fovet. Non ergo inutile erit, ut illam legem, in qua fundamentum noſtræ materiæ eſt, diligenter examinemus.

I I.

Verba ejus ita ſe habent: *Majoribus etiam, per fraudem, vel dolum, vel perperam factis diviſionibus, ſolet ſubveniri: quia in bonæ fidei Judiciis, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur.* I. Dicitur autem in initio hujus Legis *majoribus etiam*, id eſt, non tantum ſuccurritur minoribus, quibus datur reſtitutio in integrum, omnibus in cauſis, etiamſi læſio non excedat dimidium; ſed etiam majoribus ſuccurritur, uti quoque vox ſæpiſſime pro *non tantum*, ſed pro *etiam* uſurpatur, V. Gr. in *L.* 12. *C. de Uſuris*; *in L.* 30 *D. eod. in L.* 3. §. 4. *D. de Condict. laus dat. & in L.* 3. *C. ex quibus cauſis* II. Quod verba ſequentia legis generaliter loquuntur ſine diſtinctione, quæ læſio reformanda ſit, quanquam vox doli & fraudis aliquo modo inter ſe differunt, ſcilicet quod fraus ſit levior captiuncula, ex qua aliquis ſibi acquirit alterum decipiendo, & ſub dolo continetur; tamen ſæpiſſime conjunguntur, ex formula pleniore loquendi, uti in *L.* 45. §. 1. *D. pro Socio. in L.* 48. *D. de Reg. juris.* Ab illis tamen multum vox *Perperam* differt, quæ ex mente Triboniani errorem, vel impudentiam hic ſignificat, eoque ſenſu ſemper accipitur, doloque & fraudi hic jungitur; ſicut læſio, cui dolus anſam dedit, etiam minor dimidio, reſarcitur; ita & ſi per errorem dividens fuerit læſus. Vide doctiſſimum *Arn. Ram*, in erudita diſputatione de *Caſu pro Amico* §. *ult.* Verba vero in bonæ fidei Judiciis denotant, quod in his omnis inæqualitas debeat reformari: æqualitas vero nunc latè, nunc ſtrictè accipitur. Si læſio ſit in pretio, tantam habet latitudinem, ut nulla inæqualitas dicatur, niſi excedat dimidium; qua de re loquitur *L.* 2. *C. de Reſcind. Vendit.* Verum ſi læſio conſiſtit in inæquali rerum diviſione, æqualitas nullam latitudinem habet, & minima læſio reformari & in melius corrigi debet.

Digitized by Google

debet. Imperatores hac in lege tantum loquuntur de Extrajudiciali diviſione; quod apparet ex verbis *ſine judicio*, id eſt, *ſine judice*; quo ſenſu in § 1. & 35. *Inſt. de Act.* ut & apud Senecam in *Herc. furent. vſ.* 732. apud Clariſſ. Noodt. *de Form. emend. Dol. mal. Cap.* 7. vox Judicium accipitur: ut enim Judicialis Diviſio reſcindatur, requiritur, jure novo, læſio enormis. Olim vero nequidem ob enormen læſionem à ſententia Judicis reſiliri poterat ſecundum *L.* 36. §. 1. *D. Famil. Erciſc.* ſed illud jure novo correctum videtur per *L.* 2. *C. de Reſt. in integr.* quoniam, quoties Juſta Reſtitutionis cauſa adeſt, etiam adverſus Judicis ſententiam non negatur Reſtitutio, *L.* 2. *C. ſi adv. ſent. l. ult. C. de Reſt in int.* quis autem dubitet, quin enormis læſio ſit juſta reſtitutionis cauſa? 1. Remedium *L.* 2. *C. de Reſcin Vendit.* adverſus ſententiam Arbitri datur ſecundum *L.* 32. §. 14. *de Rec. arb.* cujus iniquitas difficilioris probationis eſt, quoniam partes in illum conſenſerunt. Minime vero obſtat *L.* 4 *C. de Re judic.* ubi dicitur, quod res judicata iterum inſtaurari nequeat, quia legis illius ſenſus eſt, quod ob inſtrumenta, noviter reperta, à ſententiâ Judicis, quæ quæſtio deciſa eſt, reſiliri non poteſt. Qui enim jura & inſtrumenta ignorat, ſibi imputare poteſt, quare non accuratius exploraverit, antequam Prætorem adibat. 2. Objiciunt adverſarii *L.* 2. *Quand. provoc. non eſt nec.* Facilis tamen reſponſio eſt: in illa enim lege proponitur caſus, ubi minor a Judice majorennis pronuntiatus erat: hic quippe non poterat petere reſtitutionem ex capite ætatis, quoniam pro majorenni habetur; ut major vero reſtitutionem petere nequit, quoniam cauſa, propter quam reſtitutionem petebat, non ſatis erat juſta. 3. Objiciunt *L.* 2. *C. Sentent. reſcind. non poſſe*, ubi dicitur, quod Exceptio ſit opponenda ante litem conteſtatam, atqui Reſtitutionis petitio per modum Exceptionis eſt opponenda; attamen conſequentia illa omnino eſt vitioſa: nam ſi adverſus ſententiam Judicis reſtitutio ex capite ætatis non negatur, quare ex capite, quod Conſtitutione Principis introductum eſt, enormis læſionis, non datur: conſtitutio enim Principis potior eſt Prætoris edicto. Ultimo opponitur *L.* 36. *Fam. erc.* ſed reſpondetur, quod cauſa non erat juſta: nam ibi negatur reſtitutio; quia ſibi imputare poteſt, quare

reme-

Digitized by Google

remediis legitimis non fuerit uſus, & appellationem non inſtituerit.

III.

Ut autem remedium Legis noſtræ 3. locum habeat, requiritur, ut inæqualitas ſit nata ex ignorantia utriusque: ſi enim læſus inæqualitatem ſciverit, ei non ſuccurritur ſecundum *L.* 7. *C. de Dolo malo*, idque propter varias rationes. 1. Quia volenti & conſentienti nulla ſit injuria, *L.* 1. §. 5. *de Injur.* 2. Qui ſcit & tacet, conſentire videtur. 3. Ubi errore interveniente datur Repetitio, ibi quod conſulto fit & ſcienti, eſt Donatio, *L.* 53. *de Reg. Jur. L.* 38. *de Contrah. Empt. L.* 34. *C. de Tranſact.* immo, nequidem Læſus dici poteſt. Quanquam vero d. l. generaliter loquatur ſine diſtinctione inter ſcientes & ignorantes; tamen ſcienti non prodeſt. Nec enim opus eſt, ut expreſſe Lex requirat imprudentiam, ſed ſufficit non eam dicere ſcienti prodeſſe, quia ſcientia pro voluntate accipitur, §. 14. *Inſt. de Rer. Diviſ.* 3. Requiritur, ut Læſio conſiſtat in inæquali rerum diviſione, non vero in inæquali rerum diviſarum æſtimatione. Poſteriore caſu non niſi Læſio ultra dimidium reformatur, ex *L.* 2. *C. de Reſc. Vendit.* quia æſtimatio rerum eſt inſtar emptionis & venditionis; de qua re *L.* 1. *C. Comm. utr. jud.* loquitur. §. 4. *&* 5. *Inſtit. de Offic. Judic. L.* 10. §. 4. *&* 5. *D. de Jure Dotium.* Res enim à naturâ nullam habet æſtimationem, & pretia rerum pendent ab affectu & indigentia, *L.* 16. §. 4. *de Minorib. L.* 22. §. *fin. D. Locat.* In priori vero caſu, quem attulimus, numeri & pondera rerum omnino æqualia eſſe debent. Minime vero remedium Legis 3. prodeſt propter incrementum vel decrementum, poſt factam diviſionem contingens; V. Gr. Si ſocius vel coherens poſt factam diviſionem in fundo, quem per familiæ erciſcundæ Judicium acciperes, theſaurum invenerat, totus theſaurus illi cedebat: neque alter ſocius ratione hujus theſauri remedio Legis noſtræ uti poterat, contra invenientem ſocium: ſtatim enim poſt factam diviſionem dominium tranſit. Quod ſi res eſt diminuta, illius periculo cedit, quia ſecundum rei naturam eſt, cum pati incommoda, quem ſequuntur commoda.

IV.

Quamvis nonnulli Interpretes putent, hoc remedium non obtinere, ſi Diviſio ſorte eſſet inita; tamen contrariorum ſententia mihi magis arridet: 1. Quia ſors non impedit læſionem, ideoque etiam per noſtram legem eſt corrigenda. 2. Quia legis ratio eſt generalis, & lex ipſa generaliter loquitur. 3. Conceditur etiam iſtitutio ex capite ætatis, non obſtante ſorte, atque eadem vis & poteſtas omnium cauſarum manet, quippe ex quibus pariter ac ex capite ætatis reſtitutio datur. Neque hanc ſententiam oppugnat *L. 1. C. de Pactis. L. 11. C. de Tranſact.* nam leges illæ loquuntur de læſione, quæ peracto negotio invenitur; hic vero inæqualitas tempore diviſionis adeſt: ibi enim eventus à caſu eſt; hic autem ex facto contingit, uti ſtatim demonſtravi. Porro diſſentientes nihil juvat, quod dicunt, ſortem Dei arbitrio cadere; quoniam æqualitas non ex ſorte eſt, ſed ex facto hominum, inæqualiter dividentium; neque ſors ad æſtimationem, ſed tantum ad aſſignationem portionis ſpectat. Neminem quoque dubitare credo, quin omnia Dei arbitrio fiant; ſed diſpoſitiones hominum non excluduntur. Arbitrium Dei poſſumus dividere in jubens & permittens; atque de poſteriore hic ſermo eſt, quod minimè reparationem juris excludit. Sed & intentio ſortis eſt, ut partes eſſent æquales, & ut quiſque juſtam habeat portionem: ſi jam partes non ſunt æquales, res ſorti commiſſa non videtur. Nec quidquam in contrarium movet, quod qui errore læſus eſt, id ſibi imputare debeat: nam ſi illud admittemus, omnes Exceptiones erroris Calculi, & *L. 2. de Reſcind. Vend.* fierent inanes: imo vero error potius illi imputatur, qui de lucro captando certat, propter regulam, quæ eſt: nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet, *L. 206. de Regul. Juris.* Neque hic quæritur de culpa, quæ alicui imputari poteſt, ſed tantum de errore, qui impedit conſenſum; quoniam alter ignorans, partes eſſe inæquales, conſenſiſſe videtur ſub conditione, ſi partes ſint æquales: qui enim ignorat, non conſentit. Tunc vero errorem ſibi imputare debet, ſi ſciens, partes eſſe inæquales, fortunam à ſortis even-

eventu dependere voluit; quo caſu reſtitutioni locum non eſſe, facile concedo. Porro, licet adverſarii dicant, in ſorte nihil fraude, vel perperam factum videri; reſpondetur, quod æqualitas non ſit ex ſorte, ſed ex facto hominum, partes conſtituentium. Denique ultimum adverſariorum effugium eſt, quod ideo res ſorti committatur, quia partes ſciant eſſe inæquales, & quaſi tranſigere videntur ſuper illa inæqualitate. Verum illud facilè enervatur, ſi dicamus, quod intentio ſortis ſit, ut partes ſint æquales: ſi vero partes ſint inæquales, hactenus diviſio ſorti non eſt commiſſa.

V.

Explicata Lege 3. omiſſis adhuc pluribus rationibus & legum argumentis, hanc noſtram ſententiam paulo latius examinare & ſtabilire pro viribus meis juvenilibus conabor. Et primum quidem Dolus ex re & perſona æquiparatur in *L.* 36. *D. de Verb. Oblig. Idem eſt, ſi nullus Dolus intereſſet Stipulantis. Sed res ipſa in ſe dolum habet: cum enim quis petat ex ea ſtipulatione, hoc ipſe dolo facit, quod petat.* Quanquam autem multis in caſibus inter ſe differunt, uti in §. *ult. Cap.* 1. hujus Diſputationis oſtendi, tamen conveniunt in iis, quibus ea congruit, uti in Stipulationibus, ſine cauſâ factis, & in multis aliis caſibus, exceptâ tamen transactione, uti pulcre ratiocinatus eſt Arent Jan van der Steen, amicus meus integerrimus, in erudita diſputatione de *Tranſactione ob inermem læſionem non reſcindenda:* ſed Ulpianus hac æquiparatione tantum indicare voluit, quod, ſicut Dolus ex perſona non requirat læſionem ultra dimidium (quia Dolus non quantitate pretii, ſed qualitate facti æſtimatur, *L.* 10. *C. de Dolo.*) ſed ob minimam læſionem remedium competit, ut ſuppleatur illud, quod deeſt, ita etiam Diviſio ob minimam læſionem hoc remedio corrigitur & in melius reformatur.

Digitized by Google

V I.

Alii vero Interpretes putant *L.* 3. *C. Commun. utriusque Jud.* cum *L.* 2. *C. de Reſcind. Vend.* cohærere, & ex eâ eſſe explicandam. Hunc in finem provocant ad Verba finalia noſtra legis, *uti in omnibus bonæ fidei judiciis.* Ex quibus tamen nihil minus colligi poteſt. In initio hujus Cap. jam oſtendi, quod æqualitas duplicem habeat ſignificationem, Latam & Strictam. In emptionibus atque venditionibus, de quibus *L.* 2. *C. de Reſcind. Vendit.* nulla inæqualitas intelligitur, niſi excedat dimidium: male enim Venditor petit, Venditionem reſcindi ob hoc ſolum, quod minori pretio rem ſuam vendiderit, ut ait *L* 8. 15. *C. de Reſcind. Vend.* cum in emptionibus & venditionibus *naturaliter*, auctore Pomponio, liceat ſe invicem circumſcribere. Quomodo autem vox naturaliter ſit accipienda, variant Doctores. Minime ſane illam explicare debemus pro *Jure naturæ*, quod à Cicerone definitur, *Ratio ſumma, à naturâ inſita, quæ jubet ea, quæ facienda ſunt, prohibetque contraria, Lib.* 1. *de LL. Cap.* 6. Nemo autem affirmare poteſt, eo jure naturæ deceptionem in pretio eſſe permiſſam, quia illud omnem injuſtitiam atque inæqualitatem in contractibus vetat. Neque cum Accurſio aliisque vocem illam ad Jus Naturale ſecundarium reſtringere poſſumus. Facile quidem concedo, quod Jus Naturale primævum a Jure Naturali ſecundario in multis recedat; nemo tamen affirmare audebit, Jus Gentium, ſive Jus Naturale ſecundarium eſſe contrarium Juri Naturæ primævo, & rationi Naturali. Ergo dictum illud Pomponii intelligendum mihi videtur de inclinatione & affectu, vel uſu communi, quem vulgus hominum in ſtatu naturali ſeu libero habet in contractu emtionis, & venditionis propter defectum alicujus Legis, ſi pretium per ſe non poterat determinari; non vero poterat, niſi ex aliqua Lege lata: hæc autem ceſſat in ſtatu naturali, ideoque nulla datur determinatio, quænam ſit Læſio magna, quæ parva. Seneca teſtatur. *Lib.* 6. *De Beneficiis plerumque res veniunt, non ſuo, ſed emptoris pretio.* Emptor viliori pretio emendi; Venditor vero cariori pretio diſtrahendi animo & voto accedunt, *L.* 8. *de Reſcind. Vendit.* Omnis enim vilius emere & carius vendere res ſuas volunt, ut dicitur in *L.* 14.

C. de.

Digitized by Google

C. de Contrah. Empt. Hoc enim hiſce contractibus naturale eſt, ut non per dolum aut machinationem, ſed per mutuam & tacitam contrahentium indulgentiam ſeſe invicem decipiant. Ideoque prudenter à Diocletiano & Maximiano conſtitutum eſt in *L. 2. C. de Reſcind. Vendit.* ut, quoties Læſio non ſit ultra dimidium, læſo non ſuccurratur latiusque illi tollunt aſtutias, ne ex levi inæqualitate lites erumpant, non tantum in Emptionibus & Venditionibus, ſed etiam in omnibus aliis bonæ fidei negotiis, in quibus de æſtimatione juſti pretii agitur, quoniam res à natura nullam habet æſtimationem neque pretium eſt a ſubſtantia vel bonitate neque a dignitate rei: multa enim, ſui natura, & conditione pretioſa, plerumque vilis ſunt pretii. Res apud omnes ex affectu & indigentia definitur, *L. 63. ad Senat-Conſ. Trebell.* Exempli Gr. Ferrum eſt neceſſarium & utile vitæ humanæ; Aurum non ita; immo aurum eſt luxus inſtrumentum, ferrum tamen vile eſt & aurum contra pretioſum. Diocletianus vero & Maximi Imperatores prudentiſſimi, illud favore Commerciorum introduxerunt. Nam ſi in Emptionibus atque Venditionibus omnia ad amuſſim deberent eſſe æqualia, commercia frigerent: ſed tamen, quia nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet, ſecundum *L. 206. de R. J.* emptionem reſcindi voluerunt ob læſionem ultra dimidium. Quis ergo non videt, aliam eſſe Legis noſtræ 3. rationem? Nonne expedit Reipublicæ, ut ultimæ hominum voluntates habeant exitum? Non aliter Teſtatoris intentio eſt, qui duos pluresve heredes ad ſucceſſionem vocavit, quam ut quiſque juſtam habeat portionem? Quod ſi ab inteſtato veniunt, tunc lex eos ad juſtam ſuam portionem vocavit. Denique nemo ex parte poſteriore Legis noſtræ, *uti in omnibus bonæ fidei negotiis*, argumentum ſatis firmum petere poteſt, quare Lex 3. ex *L. 2. de Reſcind. Vendit.* ſit explicanda; quoniam Lex illa 2. ad omnia bonæ fidei judicia non pertinet: Non ad negotiorum geſtionem: nec ad mandatum: neque ad Depoſitum: neque ad Tutelam; neque ad Petitionem hereditatis; ſed in illis quælibet læſio eſt corrigenda. Ergo verba illa poſteriora, uti *in omnibus bonæ fidei judiciis*, poſſumus referre ad bonæ fidei judicia, hic enumerata, non vero ad illa, in quibus *l. 2.* locum habet. Ultimo magnum eſt diſcrimen inter re-

medium *l.* 2. & inter remedium *l.* 3. Primo: quod remedium illius Legis datur adverſus Judicis ſententiam, uti jam ſupra oſtendimus; remedium vero *l.* 3. non datur: contra Judicis enim dignitatem foret, ob quamlibet læſionem ſententiam Judicis reformari. Secundo: *L.* 2. tantum obtinet in læſione enormi; *l.* 3. vero in quacunque etiam minima læſione. Tertio: Ratio reſtitutionis *l.* 3. fundatur in inæquali rerum diviſione. Quarto: Differunt etiam ratione probationis. Ille, qui provocat ad remedium *l.* 2. verum & juſtum rei pretium probare debet ſecundum *l.* 2. *&* 8. *C. de Reſcind. Vend.* at ſi verum rei pretium probare nequit, ſuccumbit; quoniam rerum pretia pro temporum varietate mutantur: igitur tempus Contractus inſpicitur, non vero quando dictæ *l.* 2. remedium inſtituitur. Si vero de reſcindenda rerum diviſione agatur, læſio tantum probatur ex inæqualitate portionum & ex qualitate & Conditione bonorum, licet nihil de juſta illorum æſtimatione probetur: vid Faber *Decad.* 8. *Err.* 6. Magnum adhuc noſtræ ſententiæ præſidium adfert *l.* 1. *C. de Error. calculi*, quia quælibet inæqualitas ob errorem calculi retractari poteſt, quod is veritati præjudicium non adfert: jam vero quæcunque læſio, in dividenda hæreditate contingens aut errore calculi, vel dolo vel utroque contingit. Vulgo quidem dicitur, quod Error noceat erranti; verum hoc reſtringi debet ad illos, qui de lucro captando certant, & cujus conditio deterior eſt conditione illorum, qui de damno vitando certant. Quis enim inficias ibit, quin ille, qui æqualitatem poſtulat, & inæqualitatem corrigi petit, de damno vitando certat; præterea hic adeſt error facti, qui prudentiſſimos fallere poteſt, ut ait Neratius in *l.* 2. *D. de Jur. & fact. ignor.* Firmatur etiam noſtra ſententia ex clauſula generali Reſtitutionis in integrum in *l.* 1. *D. Ex quib. cauſſ. maj.* ubi Prætor promittit, ſe integrum reſtituturum: *ſi qua juſta cauſa videbitur in integrum reſtituam, quod ejus per leges, plebiſcita, ſenatusconſulta, edicta Prætorum licebit.* Quamquam enim non neſcius ſum, clauſulam hanc potiſſimum pertinere ad caſum abſentiæ, ut argumentum totius Tituli oſtendit; nulla vero eſt cauſa, quare hoc non extendere poſſimus ad alias juſtas cauſas petendæ reſtitutionis, qualis hic eſt læſio infra dimidium; ita ut hæc verba: *Si qua mihi juſta cauſa videbitur,*

tur, ſignificent, quod Prætor læſionem, etiamſi non exormem, hac in cauſa ratam non habere, ſed corrigere velit: Prætori enim impoſſibile erat, omnes cauſas exprimere ob quas reſtitutioni locus eſſet: maxima vero læſio hæc juſta eſt cauſa, quoniam omnia hic ad amuſſim debent eſſe æqualia. Vid. *l.* 3. *C. de Quib. ex cauſ. maj. in integr.*

VII.

Supereſt nunc, videamus, quibus rationibus Reformatio inæqualitatis petatur. Et quidem (1) Dolus ex re vindicatur per condictionem ex lege, ſecundum *l.* 1. *D. de Condict. ex lege*; ubi dicitur, quoties Lex novam aliquam obligationem inducit ſine ſpeciali actione, quod toties locus ſit Condictioni ex lege: hæc autem *lex* 3. novam introduxit obligationem, neque conſtituit, qua actione eſſet agendum. Ergo agendum eſt condictione ex lege. (2) per exceptionem doli mali, ſi alter ex contractu vel negotio, dolum ex re habente, agere velit, repellitur, licet ab initio dolus nullus adhibitus ſit: tamen tunc, cum inæqualitatem ſciverit, illaque non obſtante, petit, dolo facere videtur, neque tunc neceſſaria eſt reſtitutio in integrum, ſecundum *tit. D. de Doli mali & met. except.* & *l.* 13. *D. de Minor.* ubi denegatur reſtitutio in integrum, nimirum, ſi alia actio vel exceptio competat (3) per reſtitutionem in integrum, quæ tamen non denotat rem reſtitui, neque totum contractum ſive negotium revocat, ſed ſtat, uti eſt & ſufficit, læſo damnum reſarciri, atque præſtari id, quod illi deëſt: hoc enim ſolum eſt in actione, petitione & condemnatione. Aliquando tamen hæc regula fallit, v. gr. Si minor reſtitutus reſciſſo contractu ad rem reſtituendam agit, quæ per ipſum contractum illi aberat *l.* 12. §. 1. *D. de Jure dot.* niſi tamen malit damnum atque intereſſe conſequi, rato manente contractu, quoniam contractus, cum pupillo vel minore, ſine Tutoris vel Curatoris auctoritate initus, vocatur contractus claudicans (id eſt, ab uno latere tantum obligans) quoniam ille, qui cum pupillo ſine auctoritate illius, in cujus adminiſtratione eſt, contraxit, obligatur pupillo, ſed pupillus non obligatur, uti dicitur in *l.* 13. §.

19.

Digitized by Google

19. *D. de Action. empt.* Sequitur itaque, illud relinquendum eſſe minoris arbitrio, an velit totum negotium nullum eſſe, an vero accipere, quod illi deëſt. Altera vero exceptio eſt, ſi læſio in totum ſit: tunc enim neceſſe eſt, totum negotium reformari, v. gr. in indebito, in non numerata pecunia. Huc pertinet rurſus *d. l.* 12. §. 1. *D. de Jur. Dot.* In qua caſus proponitur, quod mulier dicit, ſe eſſe circumventam, quod minoris rem, dotis nomine datam, æſtimaverat. Diſtinxit itaque Ulpianus, an circumventa ſit, quod ſervum dedit, ſive in æſtimatione ſervi. Priori caſu ſervum ipſum a marito vult reſtitui; poſteriori caſu, mariti arbitrio relinquit, an velit ſervum reſtituere, an juſtam æſtimationem præſtare. Extra has ſane exceptiones, reo quacunque actione convento, non datur electio, utrum velit a contractu diſcedere, an actori illud, quod deëſt, præſtare: quoniam non facile a Diviſione debemus diſcedere; ſed ſufficit illud, quod deëſt ſupplere. Fruſtra Diſſentientes provocant ad *l.* 1. *C. Comm. utr. Jud.* ubi Imperator Antoninus dicit, Diviſionem vicem emtionis obtinere: verum lex illa nullum præſidium illis tribuit, quoniam ſpecialis *l.* 3 prohibuit reſciſſionem contractus, ſed tantum inæqualitatem in melius corrigi juſſit, rato manente contractu. Clarius hoc ex *l.* 37. *D. de Ædil.* Edicto apparet, ubi vox *Reformare* etiam pro *Corrigere* accipitur. Aliter obtinet in *l.* 2. *C. de Reſcind. Vendit.* cujus remedium directe tendit ad reſciſſionem contractus, ut tamen reo detur electionem, an velit a contractu diſcedere, an ſupplementum præſtare, ita ut alternativa ſit in præſtatione, non vero in actione: uti aperte ex dict *l.* 2. verbis apparet. *Te reſtituente pretium emptoribus, vel ſi emptor elegerit, id quod deëſt juſto pretio recipias.* Alternativa Edictio igitur a parte rei, non vero a parte actoris eſt. Quomodo enim actor actione empti vel venditi agere poſſit ad pretii ſupplementum, quod non definitum eſt in Conventione; ſed Judicis arbitrio aliter ſtatutum eſt: de pretio enim, de quo non conventum eſt, agi non poteſt, ſed id ultro actori præſtari poteſt. Sane quod remedium dictæ *l.* 2 tantum ad reſciſſionem contractus tendeat, ex eo apparet, quod pars læſa in hoc remedio alleget, ſe errore ſuo enormiter læſum eſſe; fundaturque ejus intentio & actio in eo, quod putaverit rem minoris

vel

vel majoris pretii, eoque deceptus ſit, ideoque non conſentit: ex hac autem intentione atque allegatione, ſequitur, reſcindendum eſſe negotium, quoniam conſenſus deficit, ſi deceptio contigerit. Propter defectum enim conſenſus, propter errorem vel circumventionem totum reſcinditur negotium, quod ſolum eſt in actione; non vero petitio novi pretii, quæ ex conſenſu eſt, non autem ex defectu conſenſus, vel circumventione.

Actor tantum reum convenire poteſt, ut præſtet illud, quod eſt in obligatione: & in illa *l.* 2 electio atque facultas reo datur ſupplendi quod deëſt: quod tamen non eſt in obligatione; neque jus actoris, ſed tantum jus rei; atque in obligatione alternativa non tantum jus rei eſt, ſed etiam jus actoris: V. G. Si quis ſtipulatus ſit centum, vel domum, atque reus promittat, non ſolum jus reo competit, ſed obligatio atque actio ex ipſa actori naſcitur. (4) Ratio etiam naturalis ſatis demonſtrat, hanc facultatem ex beneficio legis reo eſſe permiſſam, ut hac ratione poſſit actionem evitare; & illud reo datum eſt in ſolutione, non vero in actione ſecundum *l.* 6. §. 1. *D. de Re jud.* & *l.* 8. *noxali Act.* Nonnulli vero diſſentiunt, uti Gail *lib.* 1. *Obſ.* 61. Menſing. Cent. 2. *Obſerv.* 42. *num.* 4. Objiciunt, (1) quod ſi actor ſimpliciter petat, Judicem non poſſe alternativam ferre ſententiam, quoniam judex ſecundum petita judicare debet; ſed facile hæc objectio enervatur: nam licet judex ſecundum petita ſententiam ferre debeat, tamen non excluduntur ea, quæ ex juris neceſſitate ſequuntur: alioquin judex de expenſis judicare non poſſet, niſi eſſent petitæ; quod tamen facit. Nonnunquam Electio reo adimitur, illudque præſtare cogitur, quod ab actore petitum ſit. V. Gr. Si ille, qui convenitur ex dolo, alterum læderet, quoniam nemo ex dolo lucrum accipere debet, ait Paulus in *l.* 12. *D. de Dolo malo.* Vid. Carpz. *Part.* 2. *Conſt.* 24. (2) Si emptor rem alteri vendiderit, recuſans id, quod deëſt, ſupplere, objiciensque ſe dominum non eſſe, neque prohibere, ut primus venditor a ſecundo emptore rem vindicet, omnino cogitur ut ſupplementum præſtet: nemo enim in necem tertii Bonæ fidei poſſeſſoris facere poteſt; ut venditio reſcindatur eumque per indirectum cogere, ut invitus rem ſuam vendat: iniquum enim foret, ut res ſuas vendat ſine juſta cauſa, quæ hic non adeſt: Con-

Digitized by Google

tumacia enim rei non eſt ſufficiens; immo vero expreſſe prohibitum eſt in *l.* 74. *D. de R. J.* ut alter alteri iniquam conditionem inferat: minime ſane ſententiæ refragatur *l.* 13. §. *ult. D. de Minorib. l.* 14. & 15. *eod.* Quis enim non videt, illas leges tantum ad ſpeciales ætatis favores pertinere, ut reſciſſo contractu, Minori res ſua reſtituatur a quocunque poſſeſſore.

CAPUT III.

Adverſariorum effugia refellit, & Leges obſtantes explicat.

§ I.

Hæc cum ſufficiant ad explicationem noſtræ legis & ad probationem, illam ex *l.* 2. *D. de Reſcind. vend.* non eſſe explicandam; diſſentientium præſidia & effugia enervare decrevi. Et primo quidem nonnulli ſibi perſuadent, uti Celeberrimus Voet de *Fam. erciſc. cap.* 14. §. 8. cum Bronch. Enantioph. *Cent.* 2. *aſſert.* 12. quod nulla diviſionis reformatio locum habeat, niſi ob læſionem ultra dimidium: verum illis jam me ſatisfeciſſe credo *Cap. II.* §. 6.

I I.

Alii vero, uti Cel. van Eck cum Cl. NOOT de *Formula emendandi dolum malum* & Boekelm. ad *Tit. famil. Erciſc.* diſtinguunt, an dolus malus adſit, an non. Priore caſu Diviſionem, ob quamlibet læſionem reſcindi admittunt; Poſteriore vero illud negant: huncque in finem provocant ad Codicem Gregorianum, cujus verba Cel. Voetius retulit ad *Tit. Fam. Erciſc.* §. 35. *An Diviſio, quam jam factam eſſe proponis, convelli debeat, Rector provinciæ,*

cia, præſente parte diverſa diligenter examinabit, & ſi fraudibus eam non caruiſſe perſpexerit, quando etiam majoribus, perperam factis diviſionibus, ſoleat ſubveniri, quod improbum atque inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabit. Itaque noſtram Legem reſtringunt ad diviſionem, dolo factam, quia Lex noſtra ex eo eſt deſumpta. Verum licet *l.* 3. ex Codice Grægoriano ſit deſumpta, inde minime ſequitur in illa tantum de Dolo agi debere. Nonne enim Tribonianus in mandatis habebat, ut leges obſcuras atque vitioſas in meliorem ſtatum redigeret, & ad jus ſui ſeculi referret? Secundum ſcripta ergo veterum Juriſconſultorum, Legem illam de diviſione, Dolo facta, ſcriptam extendit ad quamlibet inæqualitatem, ex errore natam, & quod in Clauſula Codicis Gregoriani dicitur, quod *improbum & inæqualiter geſtum ſit*, &c. Tribonianus rejecit, & tantum vocem *inæqualiter* retinuit, hac mente, ut hæc ad læſionem, errore contingentem, minime ſane pertineat. Cum nonnullis Tribonianum hacpropter accuſare debemus, quaſi legem illam interpolaverat; quoniam nihil aliud fecit, quam quod facere debebat, implevitque tantum officium ſuum. Quid enim ſi Lex illa 3. de Dolo malo tantum eſſet accipienda, nihil ſingulare haberet. Superfluum etiam fuiſſet, ut Codici noſtro inſcriberetur, quoniam omnia negotia, ſive Bonæ fidei, ſive ſtricti juris, propter dolum probatum reformanda ſunt: quod latius oſtendi in *Cap.* I. hujus diſputationis. Aliud præſidium quærunt in verbis *per fraudem*; *per dolum*; vel *perperam*, quæ pro Synonimis accipiunt. Verum lubenter fateor, quod *Dolus* & *fraus* ſynonimice accipi poſſint, & ſæpiſſime conjunguntur, uti in *l.* 45. *&* 51. *D. de Pro ſocio;* in *l.* 48. de *Reg. juris*; in *l.* 5. *C. de Reſcind. Vend.* ubi eleganter dicitur: *quidquid non venit ex bona fide, eſt dolus & fraus.* Nemo tamen tam ſtolidus erit (ni fallor) ut vocem *perperam* ſynonimice accipere velit, præſertim, quia ſemper accipitur pro eo, quod imprudenter & per errorem ſit factum, uti in *l.* 26. §. 1. *D. de Pact. Dotal. l.* 40. *D. de Condict. indeb. l.* 9. *D. de Conſtit. pecun. l. penul.* §. *ult. pro ſuo l.* 82. *D. de Furt.* & apud Paulum *lib.* 3. *Sentent. Tit.* 6. & Ulpian. in *Inſtitut. Tit.* 24 *& in l.* 6. *Si major factus.* Nunquam vero pro dolo accipitur; neque veriſimile eſt, quod Ulpianus hiſce *tribus*

verbis idem ſignificare voluiſſet. Illud etiam, Celeberr. Bokkelm. agnovit, cum ad *Tit* de *Dolo malo* dicit, ſe non ad vocem *perperam* reſpicere, ſed quod ratio illud exigat. Verum non video, quibus in caſibus illud ratio expoſcat, quoniam nihil magis rationi naturali convenit, quam ut quiſque Coheredum ſuam habeat portionem.

I I I.

Tertio objiciunt *l. fin. D. famil. erciſc.* quam contrariæ ſententiæ fautores non parum pro ſe facere putant. Verum in illa proponitur caſus, quo duo fratres de dividenda hereditate litigare cæperant, ſed, antequam arbiter ſententiam pronuntiaverat, pietatis officio fungentes, inter ſe communi conſenſu hereditatem diviſerunt Unus vero illorum, cui diviſio illa diſplicebat, conſulit Papinianum, an propterea quod Arbiter ſententiam non pronuntiaverat, ſibi liceret diviſionem revocare. Recte vero Papinianus negat hic juſtam adeſſe cauſſam, quare Diviſio reſcinderetur. Nihilominus Jurgium erat peremptum. Limita, ſi intercedat, ætatis auxilium: nam, licet Minor, qui cum herede hereditatem diviſit ſine tutoris auctoritate, ſit læſus, attamen tutor diviſionem revocare poteſt; propter rationem, quod dolo non videtur carere, qui cum pupillo ſine tutoris auctoritate hereditatem diviſit.

I V.

Quarto objiciunt *l. 1. C. de Comm. Utr. Jud.* in qua diviſio ſimilis emptioni eſſe dicitur: facilis tamen eſt conciliatio: nam licet Diviſio vicem emptionis obtinet; non tamen per omnia, ſed ſecundum quid. V. G. ſicuti in venditione dominium transfertur, ſecuta traditione, ita etiam in diviſione hereditatis. Sicuti in emptione præſtanda eſt evictio, ita etiam in diviſione. Differunt autem quam maxime, tum quod in diviſione nullum pretium intervenit tum ratione reſciſſionis, ita ut diviſio hereditatis ſimilis emptioni, non tamen eadem ſit: nam alia eſt diviſio; alia rerum æſtimatio.

V.

Digitized by Google

V.

Quinto objiciunt *l.* 8. *C. de Utr. Jud.* ubi dicitur: *Si inter vos majores annis viginti quinque rerum communium diviſio, relicta vel tranſlata poſſeſſione, finem acceperit, inſtaurari mutuo bona fide determinata Conſenſu minime poſſunt.* Nihilminus vero ex hac Lege colligi poteſt, quam diviſionem bona fide factam ob ſolam læſionem ultra dimidium reſcindi poſſe: proponitur enim regula, quod ex ſola unius Contrahentis pœnitentia non poſſit diviſio reſcindi; idque omnes admittunt. Minime ſane ex illa colligi poteſt, quare ob juſtas cauſas diviſio inſtaurare nequeat; alioquin ex Capite doli vel metus diviſio non poſſet reſcindi. Nunc vero cum ob dolum ex propoſito reſcindi poſſet diviſio, ergo etiam ex capite doli ex re; hac enim in cauſſa dolus ex re & ex perſona conveniunt: quod non tantum ex *l.* 36. *de V. Obl.* ſed etiam ex *l.* 17. §. 4. *D. de Inſt. act.* apparet. Denique ex Legibus Codicis tales conſequentiæ non valent, quoniam ad ſingulos caſus ſunt ſcriptæ, quorum circumſtantias ignoramus. Tale etiam exemplum habemus in *l.* 5. *C de Oblig. & Action.* ubi dicitur, renuntiari non poſſe ſemel conſtitutæ Obligationi invita parte altera. Sed an inde ſequitur, quod nequidem propter dolum malum, vel propter beneficium ætatis, ab Obligatione recedi poſſet? quod abſurdum auribus animiſque hominum eſt.

V I.

Sexto Magnum præſidium diſſentientes quærunt in *l. penult. C. de Comm. Divid.* in qua adverſarii regulam & exceptionem proponi putant. Verba Legis ita ſe habent: *Si major viginti quinque annis, ſoror tua, tecum res* Communes *diviſit, quamvis non inſtrumentis, ſed aliis probationibus earum diremptam eſſe Communionem probetur, ſtari tamen finitis convenit. Quid ſi minor fuerit, nec tempus in integrum reſtitutioni præfinitum adhuc exceſſerit: an in integrum propter diviſionem reſtitui debeat cauſâ cognitâ, Præſes provinciæ æſtimabit.* Non credo aliquem adeo ſtolidum fore,

Digitized by Google

ut ex his velit probare, quod diviſio propter læſionem infra dimidium non poſſet reſcindi, niſi ob dolum; quoniam nullam hujus quæſtionis Lex illa mentionem fecit: nam caſus ibi proponitur, quod ſoror, quæ cum fratre hæreditatem diviſerat, petit, ut á diviſione diſcedatur, ſolam hanc ob rationem, quod nulla inſtrumenta eſſent confecta. Verum quia ex aliis argumentis probari poterat, vel ut direptam eſſe communionem, ideo Imperatores, Diocletianus & Maximianus eam noluerunt reſcindi: nulla enim hic cauſa læſionis erat allegata, & quæ allegata eſt, ſcilicet quod Inſtrumentum deſuper nec erat confectum, non erat juſta, ut Diviſio perfecta revocaretur.

V I I,

Ulterius ſane proceſſit ſubtilis Anton. Faber. *Decad.* 8. *Err.* 1. exiſtimans, Legem hanc eſſe referendam ad Caſum nondum perfectæ diviſionis: ſententia ſane nullis legibus vel rationibus fundata, totoque cœlo è ſcopo hujus Legis aberrans? antequam enim perfecta eſt diviſio, meri ſunt tractatus, è quibus utraque pars liberrime recedere poteſt, cum nullum jus nullamque obligationem producant: inepte enim illud, quod nondum eſt, ob læſionem reſcindit *L.* 95. *de Pactis.* Dicit autem primo, quod diviſionis placitum non aliter ſumat effectum, niſi traditione ſit firmata. Neque magis prodeſt ad actionem, quam pactum nudum; ſecuta vero traditione ſola vindicatio Diviſoribus ſupereſt, quia unusquiſque dominium nactus fuit. Hunc in finem ad *Leg.* 2. *Comm. utr. jud.* provocat. Ergo vero lubenter concedo, nullas ſupereſſe actiones, neque communi dividundo, neque familiæ erciſcundæ; nimirum ſi diviſio ſit facta æqualiter, & quiſque habeat juſtam ſuam portionem, non tamen ex illa Lege probari poteſt, quod ſi diviſio inæqualiter ſit facta, nulla Condictio vel Exceptio ſuperſit: alioquin ſi emptio traditione eſſet firmata, non poſſet Actio quanti minoris, vel Actio empti ob læſionem ultra dimidium ſupereſſe; neque reſtitutio ex capite doli vel metus hac in cauſa locum habere poſſet, ſi ea regula adeo generaliter eſſet accipienda; quod nemo unquam negavit. Deinde objicit, quod læſio ſola non in-

du-

Digitized by Google

dücat exceptionem in ſtricti juris Judiciis, neque reſtitutionem in integrum adverſus contractus ſtricti juris. Ita nequidem læſio poteſt inducere officium Judicis in contractibus bonæ fidei ad id, ut contractus ultro per actionem reſcindatur; quod ſolum hac in materia obtinere dicit. Verum reſpondeo, quod Officium Judicis hic non faciat, ut contractus reſcindatur, ſed tantum ut inæqualitas corrigatur: quanquam autem huic ſententiæ ſubſcribimus hactenus, ut Officium judicis non ſatis efficax ſit, ut totum negotium reſcindatur; tamen ſatis efficax eſt, ut inæqualitas corrigatur & in melius reformetur. Tertio negat vir ſubtilis, exceptionem doli mali hic locum habere, at tantum admittit Officium judicis, quod uberius eſt: ſententia ſane, quæ Legibus apertè adverſatur! Nam (1.) hæc generalis doli exceptio ex omni cauſa naſcitur, quoties aliquis locupletior fieri velit cum alterius detrimento, quamvis initio negotii nihil dolo factum ſit. Quis autem negabit, quin ille ex condiviſoribus, qui alteri inæqualitatem reſtituere negat, velit locupletari cum alterius detrimento? *L.* 2. §. 5. *L.* 4. §. *penult. L. ult. Doli mal. & met. Except. L.* 36. *de V. O. L.* 27. §. 5. *de Pact. L.* 3. *C. de Except. non numer. pecun.* præterea cum Læſio ipſa in ſe dolum habeat, uti Proculus ait in *L.* 17. §. 4. *de Inſtit. Action. Si denuntiavero tibi, ne ſervo, a me propoſito, crederis, exceptionem dandam, ſi ille illi non denuntiaverit, ne illi ſervo crederet. Sed ſi ex Contractu peculium habeat, aut in rem meam verſum ſit, nec velim, quo locupletior ſim, ſolvere, replicari de dolo oportet, non videri me dolum facere, qui ex aliena jactura lucrum faciam.* Clarius etiam illud ex *L.* 3. §. *de Doli mali & metus excep.* apparet, in qua agens ex ſtipulatione, ſine cauſa facta, repellitur exceptione doli mali, licet ab initio dolus nullus ſit adhibitus. Eum dolo facere, dicendum eſt, qui ex ſtipulatione petere perſeverat.

VIII.

Digitized by Google

VIII.

Aliam vero ſententiam tenet Ant. Mattheus *Lib.* 1. *de Auct. Cap.* 16. §. 40. qui legem hanc intelligendam eſſe putavit non tantum de diviſione extrajudiciali, ſed etiam de judiciali. Hunc in finem integram illam adjectionem ſine judicio delet. Quærat aliquis, qua ratione tam audax facinus ſuffultum ſit. Putavit vel ille Celeberrimus, quod hæc Lex explicari debeat ex Codice Gregoriano, qui nullam diſtinctionem fecit inter Judicialem & extrajudicialem diviſionem. Sed quanquam verba illa in Codice Gregoriano non inveniuntur, cauſa tamen non ſane juſta eſt, ut a verbis claris noſtri Codicis recedamus.

IX.

Fallunt etiam aut falluntur illi, qui quidem concedunt reformationem diviſionis, etiamſi ea non excedat dimidium; ſed quanta læſio, ut in integrum reſtitutioni locus fiat, requiratur, inter illos non conſtat. Multorum judicium eſt, Læſionem quartam juſtæ portionis excedere debere: quæ ſententia in Gallia eſt recepta, teſte Imberto in *Enchiridio*, aliiſque, allegatis a Groenew. ad *l.* 3. *de Legib.* Dicit etiam, hanc ſententiam e jure ſcripto non eſſe alienam; ſed tamen non video, quibus in caſibus illa cum jure ſcripto conveniat. Provocat illum in finem ad Authenticam, *cum rogatus ſit ad Senatusconſ. Trebell.* cujus hæc ſunt verba: *Cum quis rogatus fuerit, ut ſine liberis diſcedat & ſine liberis decedens, quod tunc ex hereditate ſupereſt, reſtituat, quartam eum inſtitutionis reſtituere compellendum.* Movetur ex Clauſula noſtræ Legis 3. *uti in omnibus bonæ fidei judiciis.* Sed conſequentia eſt ridicula, quoniam Authentica allegata minime ad noſtrum caſum pertinet. Alii vero tunc demum reformationem Læſionis admittunt, ſi inæqualitas excedat trientem, maxime ſi diviſio non *inter fratres*, ſed inter extraneos ſit facta. Si vero fratres inter ſe hereditatem diviſerunt, quamlibet putant inæqualitatem eſſe reformandam, eâ ratione, quod inter fratres major æqualitas requiratur, quam inter extraneos ſecundum *L.* 11. *C.*

Digitized by Google

C. Fam. erciſc. Minime vero illud exinde probari poteſt, quia illius Legis ſententia eſt, ut liberi, tam maſculini, quam feminini ſexus, æqualibus portionibus ſuccedant, neque filiis prærogativâ debeatur. Nulla tamen in illa fit mentio noſtræ quæſtionis; multo minus, quod major æqualitas inter fratres, quam inter alios Coheredes requiratur. Nonne inter Socios jus fraternitatis obtinet, *L.* 63. *pro Socio.* Coheredes & Socii hoc in caſu pari paſſu ambulant. Præterea hæc ſententia, neque legibus, neque rationibus ſuffulta, ſemper mihi videtur ſuſpecta, quoniam neque in *L.* 1. *C. de Errore Calculi*, neque in noſtra, neque in *L.* 3. *C. Ex quibus cauſſ. Major.* hujus trientis vel quadrantis mentio fit, multo minus in *L.* 57. *de Contrah. Empt.* Ubi dicitur, ſi domus vendita, utraque parte ignorante, combuſta ſit, non tenere Venditionem; ſi vero dimidia pars, vel minor, quam dimidia, valere Venditionem, Emptoremque compelli implere venditionem, habitâ æſtimatione boni viri arbitratu, ut quod ex pretio propter incendium decreſcere fuit inventum, ab hujus præſtatione Emptor liberetur. Nullo tamen in caſu hujus Legis, vel aliarum, dicitur, ſi quarta aut tertia pars ædium illarum tantum ſit conſumpta, quod tunc Emptor totum conventum pretium ſolvere debeat propter incendium. Sed diſſentientes objiciunt proverbium *L.* 4. *de Reſtitutione in integrum*, quod minima non curet Prætor in Reſtitutionibus. Verum ſciendum eſt, hanc regulam non eſſe generalem: alioquin 1. cum *Novell.* 69. pugnaret; ubi eleganter dicitur, quod *ratio Juſtitiæ non ſit deſumenda ex qantitate* (Major vel minor quantitas non variat rem ipſam) *ſed ex ſuis regulis.* 2. Pugnaret etiam cum Præcepto juris, *ſuum cuique tribuere*. 3. Denique illud ex Clauſula illius L. 4. ſatis apparet, ubi, dicitur *non dari Reſtitutionem in integrum* propter rem ſatis minimam, ſi majori rei vel ſummæ præjudicaretur. Hinc ultro ſequitur, Prætorem minima quidem curare, modo majori rei non fiat præjudicium, dum exceptio firmet regulam in caſibus non exceptis, ſecundum *L.* 4. §. *ult. de pen. Leg.* Qui unum excipit, reliqua ſub regula comprehendiſſe videtur *L.* 12. §. 43. *de Inſtruct. vel Inſtr. Leg.* Hic autem majori rei præjudicium non adſertur, quoniam æqualitas tantum corrigitur, ſalvo totius divi-

Digitized by Google

ſionis negotio: ſed ſicut Prætor in cauſa damni infecti rationem minime habet in *L. 22. pr. de Damn. inf.* ubi propter rem minimam damni reparatio datur; ita etiam in diviſionibus extra judicium factis, minime inæqualitas in melius corrigitur & à judice reformatur.

T A N T U M.

Digitized by Google

COROLLARIA.

I.

Condictio furtiva datur adverſus furis heredes in ſolidum; licet nil ad eos perveniat.

II.

Juri luendi pignoris non præſcribitur.

III.

Princeps venatione ſubditis interdicere poteſt.

IV.

Pater filio exheredato recte tutorem dat.

V.

Ratihabitio nuptias non reddit retro legitimas.

VI.

In locationibus ceſſat adilitium edictum.

VII.

Errore juris ſolvens indebitum, condicere nequit.

L O F - D I G T.

Ter eeren van den Wel-Edelen Heer.

D E H E E R

PHILIPS JOHAN VAN BORREVELT.

Als zyn Wel-Edelen tot Meeſter des beyden Regten wiert ingehuldigt.

MEt regt ſprak Cicero, dat pronkjuweel
Van 't Roomſche Kapitool: De Regtsgeleerden,
Die met hun wys beleid uw Roem vermeerden,
O weereld, befaamde Room, 't voordaamſte deel
Van 't bloeient Ryk, die zyn uw hoofdpylaeren
Uw hulp, uw heil en trooſt, jae 's lands welvaren.
Wat was uw ſtaat? Een woeſteny, een graf
Waar in de deugd en trouw was weg geſonken;
Een veld, alwaar verwoeigde ſwaerden blonken
'T welk eenen oogſt van moord en doodſlag gaf.
Kon egter 't vuur en ſtael uw ſtad beſchermen?
O neen! De Goden moeſten ſig ontfermen.
Had Themis niet haar heiligdom
En haar PALLADIUM op uwe muuren
Geſticht, O WEE! Hoe lang hadt kunnen duuren?
Toen uwe magt ten Hemel opwaerts klom.
Quam zy te hulp Bellona onderſchragen,
En met haer heilig regt, uw ſcepter draegen.
Zy ſprak het regt met een geſlooten oog
En rukte 't ſwaerd uit uw bebloeide handen
Zy voerde uw vyanden in keet en banden,
En ſpande met Beleit uw Peil en boog,
Zy ſtelde in uwen ſtaet de vaſte paelen
En woeg de Deugd in haere goude ſchaelen.

Zoo

Zoo ſpande Room in 't Latium de Kroon
Haar Roem klom luiſterryk tot aan de wolken
Zy wierd beheerſcherin van dappre volken
En Elk een buigde ſig voor haeren troon.
Waerom, vraegd gy? Zy wiſt de Deugd te loonen
Dus quam zoo Creeth als Pleeth te Roomen woonen.
O Zaelig land! had 't wiſſelvallig lot
U niet misgunt geleerde Letterhelden
Nog bloeyde uw ſtaat, nog praelden uwe velden
Met Themis rookaltaer. Had gy 't gebod
En haeren raed niet met uw voet vertreden
Men boog zich voor uw ſwaerd en pyl nog heden.
Maer ach? als muitery en Griekſche trouw
In uwe vuurſchaer trat, en goede Zeden
Bedorf; Toen was 't met u gedaen; Geen beden
Geen ſmeken nog gekerm geen leed nog Rouw
Zag Themis aan, zy veſtigde haar altaeren
By 't volk, naar Roomſchen trant genoemt, Barbaeren.
Die naemen Ras met eerbied en ontzag,
Haer wet boek op, en ſwoeren trouw te letten.
Op haeren wenk en Godgewyde wetten.
Zy toonden verders ook door hun gedrag.
Dat zy alleen dien Zegen waerdig waeren
En Dapperheid met wysheid zouden paeren.
Vergeefs breng ik hier van getuignis by,
Zie daer, de Mond der tedren zuigelingen
Leert hier 't verfoeigde quaet, bedrog te dwingen.
Hy toont de liſt en ſtuit bedriegery,
Gelukkig land, wiens jeugd op 't ſpoor der vadren
Zig ſtaeg verluſt in Themis wyſe bladren.

MUSARUM CULTOR.

Digitized by Google

Ad Ornatiſſimum Ingenioque Præſtantem Virum Juvenem

PHILIPPUM JOANNEM VAN BORREVELT.

Cum poſt habitam DE DOLO EX Rè Diſputationem omnium applauſu J. U. D. crearetur

Simb. *Gloria ſudorem ſequitur fugitotia laurus.*

DOctoris Cum jura meo Tribuantur Amico
Non eſt officium, Muſa ſilere tuum
Namque ita Doctoris nomen Laurumque reportas
Tandem ſudoris præmia digna refers.
Nam quoties ſeго te Veſpere, Amice videbat.
Heſperus? O quoties Lucifer ipſe Nova
Luce ſalutabat ſinuoſa volumina juris,
Volventem Cupida ſollicitaque manu.
Qualiter Apricæ ſub amœnis collibus Hyblæ
Cecropiæ volucres Dulcia Mella lequnt
Pergito vir juvenis, cœptum ne deſere curſum
Sed fac confugium ſit tua lingua reis
Sic fama vives, Donec vaga ſidera current
Et ſol ignivomos flectere perget equos
Nil ſupereſt Cecinisse, mihi ſed vota ſuperſunt
Vadat & in thalamum pulchra puella tuum.

Non Jupiter omnibus idem.

LOF-DICHT

Ter eeren van den Wel-Edelen Heer.

PHILIP JOHAN VAN BORREVELT.

Als ſyn Wel-Edele tot Meeſter der beyden Regten wierd ingehuldigt.

Daar ſyn er die met Mars ten Oorlog zyn Geboren
Daar ſyn er die 't geluk wat anders heeft beſchoren,
Daar ſyn er die haar brein wordt door Minerv beſtuert;
En welkers Naemen Roem gehele Ewen duert,
Dus wien wy BORREVELT; ten hoogſten opgeſteigert
Van wetenſchap in 't regt. Dus hem Minerv. niets weigert
Maar ſyne Naarſtigheit en yver mildt beloont,
Het Meeſterſchap hem ſchenkt en hem met Lauren Kroont,
Geluk myn Heer, Leef lang, u yver moet ſteets blaken
En gy het hyligdom van Themis trou bewaken
So ſult ge ſyn in 't eind een Phœnix in het regt,
Myn Muſa ſcheid er uit ik heb myn Wens gelegt.

Sic non ut voluit ſed ut potuit applauſit.

ANTON. GERRARD. HOPPENBRAUWER.

J. U. S.

Digitized by Google

KLINK-DICHT
TER INWYDINGE
Van den HEERE
PHILIP JAN VAN BORREVELT
Tot Meeſter der beide Rechten.

GY moogt dus de'eerſte vrucht van uwen arbeit plukken,
Heer BORREVELT, nu gy uw yver ziet beloont
Met de Akademi-eer, daer u Minerva kroont,
En friſſe Lauren koomt op uwen ſchedel drukken.

Veel heils, myn Vrient! 't moete U in alles zo gelukken,
Wen gy den Mannenmoedt, die in uw boezem Woond
Tot voorſtant van verdrukte onnozelheit betoont,
Moete onrecht en gewelt met ſchaemte voor u bukken.

En gaet het naer myn Wenſch, Uw heilzon ryſt in top;
Gy klimt, van trap tot trap, allengskens hooger op,
Om Stads en Staets bewindt met raed te helpen ſchragen;

Dan ſchenkt u ook eerlang de moeder van de min
Een trouwe wederhelft, een kuiſche bedvriendin,
Een maegt die aen uw oog en zinnen kan behagen.

W. KROON.

Digitized by Google